

Cidadania e Estado de Direito: breves reflexões sobre o caso brasileiro

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

1 - CONTORNOS ESSENCIAIS DA CIDADANIA

Em seus contornos mais basilares e com abstração dos circunstancialismos de ordem local e temporal que necessariamente influem no delineamento do seu conteúdo, a cidadania pode ser vista como um *status*, que qualifica a relação da pessoa humana com o poder dominante. Essa impressão inicial é corroborada por sua própria etimologia, já que cidadania deriva do latim *civitas*, que significa cidade, designativo que caracterizava o Estado antigo, claro indicativo de que o indivíduo assume certa posição *na* ou *perante a* cidade. A evolução da humanidade bem demonstra que o conteúdo da cidadania sempre oscilará em torno dessa relação, podendo refletir o conceito de nacionalidade (*Staatsangehörigkeit* – “pertencente ao Estado”),¹ o direito de participação política, a demarcação de uma esfera jurídica imune à intervenção estatal, papel este desempenhado pelas liberdades clássicas ou, mesmo, o direito a prestações materiais.

A cidadania, em verdade, pode ser visualizada tanto no plano jurídico, como no sociológico. No primeiro, assume os contornos traçados pela ordem jurídica, em especial pela Constituição, indicando os direitos e os deveres que alcançam o indivíduo enquanto célula da sociedade e destinatário do poder estatal. No segundo, por sua vez, atua como fator de aglutinação de referenciais éticos, ecológicos e democráticos; o *status*

¹ Cfr. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*, 5ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 3; e ZIPPELIUS, Reinhold e WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*, 32ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 33.

de cidadão é atribuído àqueles que estão efetivamente inseridos no contexto social, observando certos padrões comportamentais, de natureza normativa ou não, e tendo reconhecidos certos direitos que se mostram essenciais à própria espécie humana. Sob essa última ótica, não é incomum afirmar-se que vândalos e indigentes, os primeiros por afrontarem a ordem jurídica, os segundos por não serem realmente amparados por ela, são não cidadãos.

Remonta à Grécia antiga a concepção de cidadania enquanto direito assegurado ao cidadão (*politikos*) de participar ativamente de qualquer reunião (*ekklesia*) realizada em praça pública (*ágora*), visando à tomada de decisões de interesse da cidade (*pólis*). Nesse contexto, a cidadania assume caráter instrumental em relação à democracia (democracia “seletiva”, convém lembrar, já que excluía a participação de mulheres, escravos e outros não cidadãos). No direito romano, a exemplo do grego, a cidadania, durante a República, era reconhecida desde o nascimento, com a só condição de que o pai fosse romano, ainda que a mãe não fosse cidadã.² Nesse período, somente a cidadania, que apresentava contornos semelhantes àqueles atribuídos, nos dias atuais, à nacionalidade, permitia que o indivíduo possuísse direitos civis e políticos³. Mesmo na atualidade, são múltiplas as construções que apregoam a inconsistência do entendimento que atribui contornos meramente passivos à cidadania. Dennis T. Thompson,⁴ por exemplo, afirma que *“cidadania não é significado que apenas sugere aqueles direitos ostentados por um sujeito passivo pelo simples fato de residir sob uma particular jurisdição territorial. Nem o seu significado principal é o de denotar patriotismo ou lealdade a um Estado-Nação”*. Conclui, ao final, que cidadania *“se refere à capacidade presente e futura de influenciar políticas”*.

A Constituição de 1988 visualiza a cidadania, essencialmente, como o direito de interagir com o poder, manifestando-se tanto na participação no processo político, indicando o direito de votar e de ser votado, como na própria legitimidade para impugnar certos atos praticados pelo Poder Público, o que se dá com o manejo da ação popular, de uso restrito aos cidadãos (art. 5º, LXXIII). Como pressuposto da cidadania, exige-se a nacionalidade brasileira, que pode ser nata ou decorrer de naturalização. A amplitude da

² Gaius 1, 78,80.

³ Cfr. GAUDEMET, Jean. *Institutions de L'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 362.

⁴ *The Democratic Citizen*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 1-5.

cidadania, aliás, é diretamente influenciada pela forma de aquisição dessa nacionalidade, isto porque aos estrangeiros naturalizados brasileiros é vedado o acesso a certos cargos, como o de Presidente da República (art. 12, § 3º, I). Para a maior parte da população, o ato de tornar-se cidadão não é propriamente um direito, mas um dever. Explica-se: é cidadão aquele que possui direitos políticos, e estes surgem com o alistamento eleitoral, que é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, I e II), sendo vedado para os estrangeiros e os conscritos durante o serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º). Assumido o *status* de cidadão, o indivíduo encontra-se obrigado a votar, isto com exceção das hipóteses em que o alistamento eleitoral seja facultativo (art. 14, § 1º, II), e a cumprir as demais obrigações estabelecidas na legislação infraconstitucional. Constata-se, assim, que a cidadania reflete o conjunto de direitos e deveres associados ao preenchimento e ao controle das estruturas estatais de poder. Diversamente de alguns Estados da antiguidade, o reconhecimento de liberdades fundamentais ou de direitos prestacionais não pressupõe a condição de cidadão: nesse particular, a ordem constitucional gravita em torno do referencial de pessoa humana (art. 1º, III).

Para os fins dessas breves linhas, utilizaremos a concepção mais ampla de cidadania.

2 - ALGUMAS RAZÕES DE COMPRESSÃO DA CIDADANIA NO BRASIL

Há muito se escreve sobre a nítida dissociação existente entre a plasticidade formal da ordem jurídica brasileira e o modo como ela se projeta na realidade. Aliás, é quase imemorial a sentença, tantas vezes repetida no ambiente social, de que a *lei x ou y não pegou*. Esse quadro permite afirmar que como nossa ordem jurídica, ao menos em parte, é exclusivamente semântica, não sendo mais que um amontoado de palavras, a cidadania que nela deveria encontrar sustentação também será, ao menos em parte, exclusivamente semântica.

As razões que podem justificar o fato de ordem jurídica e cidadania serem parcialmente semânticas podem estar associadas (a) ao indivíduo, (b) ao Poder Público e (c) à norma. É oportuno ressaltar que cada um desses fatores é permeável à realidade circundante, que pode se mostrar favorável, ou não, ao pleno desenvolvimento da cidadania. A possível existência de conflitos armados no território do Estado, a carência de recursos finan-

ceiros e a pouca tradição democrática são apenas alguns exemplos de uma possível influência negativa da realidade.

O indivíduo pode tornar-se o fator de propulsão de sua não-cidadania ao permanecer alheio aos direitos que a ordem jurídica lhe assegura e aos deveres que lhe impõe. Além das deficiências de ordem moral, fruto de uma personalidade distorcida e pouco afeta aos parâmetros de convivência social, esse quadro também pode surgir por razões exógenas. Em países de modernidade tardia como o Brasil, esse é normalmente o resultado de uma educação deficitária, o que impede o aflorar da moral crítica a que se referia Hart⁵ e inviabiliza o desenvolvimento de uma democracia verdadeiramente participativa. Sob essa ótica, a realidade brasileira nos oferece um exemplo verdadeiramente singular, afinal, há uma distância abissal entre a avançada disciplina normativa do direito à educação e o modo como o serviço é prestado pelas instituições públicas de ensino.⁶

A educação, além de facilitar a evolução do *eu*, possibilita a integração ao *nós*, permitindo que pessoas econômica e socialmente excluídas possam deixar a zona de pobreza e participar da vida social.⁷ No extremo oposto, a reduzida capacidade crítica da população permite que políticos pouco escrupulosos, alguns deles já incorporados ao anedotário popular, continuem a ser eleitos e a se servir da coisa pública. Essa situação tem assumido contornos tão caricatos que alguns deles chegam a ser processados pela prática dos mesmos ilícitos em distintos mandatos, sendo sempre beneficiados por um emaranhado de leis processuais que, somado à lendária ineficiência dos órgãos de persecução, permite a sua permanência no poder por anos a fio.⁸ E quando são interpelados sobre os ilícitos que foram acusados de praticar, muitas vezes gravados em meio audiovisual, apresentam a mesma resposta: foram vítimas de perseguição política. A massa de eleitores, forjada em um sistema educacional falido e anacrônico, vê-se facilmente convencida por qualquer arroubo retórico; poucos anos depois, a lembrança dos fatos não passa de cinzas, que ao

5 *Law, Liberty and Morality*, Sanford: Stanford University Press, 1963, p. 20.

6 Cfr. GARCIA, Emerson. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness*, in *International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, p. 55 (55), 2009.

7 Cfr. JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 894.

8 Com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, o sistema eleitoral brasileiro foi alterado de modo a permitir que decisões proferidas por órgãos jurisdicionais colegiados (*rectius*: tribunais), ainda que não transitadas em julgado, redundem em inelegibilidade, o que certamente contribuirá para a realização de uma assepsia entre os detentores de mandato eletivo.

mais leve sopro se espalham e desvanecem. Se a presunção de inocência é algo indissociável do Estado de Direito, a capacidade de escolher aqueles que ascenderão ao poder, valorando a sua conduta pretérita, também o é. Afinal, nas sábias palavras de James Russel Loewll, a “*democracia dá a cada homem o direito de ser o seu próprio opressor*”.

A situação ainda se torna mais complexa ao constataremos a “anorexia ideológica”, marcada por um pluralismo exacerbado,⁹ que tem caracterizado o sistema partidário brasileiro. Suprimido o designativo, é tarefa assaz difícil identificar no que os partidos políticos se distinguem. Em comum, ostentam o desejo de ascender ao poder, de angariar a simpatia do eleitorado a qualquer custo e, não raro, de receber em seus quadros quaisquer indivíduos que gozem de elevada popularidade, ainda que destituídos de valores éticos e morais.

O segundo fator a ser levado em consideração é aquele do qual muito se espera e, por vezes, pouco se recebe. Trata-se do Poder Público. É a ele que incumbe, por meio dos órgãos competentes, a integração de eficácia da ordem constitucional, editando as leis necessárias à sua máxima efetividade, e a imediata implementação das normas constitucionais dotadas de eficácia plena. Enquanto os clássicos direitos de liberdade¹⁰ normalmente se enquadram nessa última categoria, os direitos prestacionais costumam se ajustar à primeira, exigindo, assim, a definição das prestações a serem oferecidas e a indicação da respectiva fonte de custeio. Quando o Poder Público não se desincumbe desse *munus*, a cidadania tende a ser comprimida. Nesse momento, já é possível deduzir que iniciamos uma argumentação circular: povo acrítico tende a eleger mandatários despreparados; e mandatários despreparados tendem a manter o povo acrítico, facilitando a sua manipulação. É importante ressaltar que políticas assistencialistas e populistas, conquanto possam trazer benefícios imediatos, como redistribuição de renda e garantia do mínimo existencial às classes menos favorecidas, tendem a acentuar esse quadro, mantendo considerável parcela da população na incômoda posição de “massa de manobra”, sempre ao sabor das majorias ocasionais.

9 Uma explicação científica para o multipartidarismo pode ser encontrada em DUVERGER, Maurice. *Les Partis Politiques*, Paris: Librairie Armand Colin, 1958, p. 236 e ss..

10 Sobre a herança da Revolução Francesa, vide SIEYÈS, Abade. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão (Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen)*, trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55 e ss..

A importância do voto responsável torna-se particularmente relevante ao constatarmos que embora seja lugar comum a afirmação de que a atuação das estruturas estatais de poder deve permanecer adstrita aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, o que, em tese, permitiria o recurso ao Poder Judiciário sempre que dela dissentissem, a ideia de separação dos poderes, por vezes, é vista como um dogma intransponível.¹¹ Mesmo quando a própria Constituição autoriza a intervenção do Poder Judiciário, a opção, por vezes, é ladeá-la, ver de menos, simplesmente eximir-se de enfrentar o novo, de romper com o *status quo*.¹²

Apesar dos excessos na identificação dos balizamentos oferecidos pela separação dos poderes, não se pode negar que todos os Poderes constituídos possuem uma margem de liberdade valorativa e, consequentemente, de irresponsabilidade. Podem atuar livremente e não serão contrastados pelos demais poderes estatais, isto sob pena de indevida ingerência em seara alheia. Referindo-se a essa região de irresponsabi-

11 Cfr. GARCIA, Emerson. "Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais", in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. XLVI, nº 2, p. 955 (955 e ss.), 2005.

12 O Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a eficácia plena da norma constitucional que contempla o mandando de injunção (CR/1988, art. 5º, LXXI), não dependendo, assim, de legislação integradora (MI nº 107, rel. Min. Moreira Alves, j. em 23/11/1989, RTJ nº 133/11), isto sem olvidar a aceitação do mandado de injunção coletivo (MI nº 144, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/08/1982, DJ de 28/05/1993), vinha dispensando uma interpretação excessivamente tímida ao instituto. O Tribunal exigia que a omissão inconstitucional persistisse por um razoável lapso temporal (MI nº 361, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 08/04/1994, DJ de 17/06/1994) e não admitia a concessão de medida liminar (MI nº 553, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/05/1997, DJ de 16/06/1995), restringido, em regra, o alcance do provimento jurisdicional à mera declaração da omissão inconstitucional. Com isto, deixava de editar a norma individual reguladora do caso concreto (MI nº 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/05/2002, DJ de 02/08/2002 – direito de greve dos servidores públicos, art. 37, VII, da CR/1988). Essa interpretação, que estimulava o surgimento de uma verdadeira simbiose entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, aniquilando qualquer possibilidade de eficácia social do primeiro, ao que se soma a já recorrente ineficácia da segunda, sofreu pequeno aperfeiçoamento, tendo o Tribunal avançado ao reconhecer a possibilidade de fixação de prazo para que o Legislativo suprisse a omissão, ao término do qual, a depender da hipótese, poderia o interessado gozar do direito (MI nº 232, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27/03/1992) ou postular a indenização pelos danos sofridos (MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/03/1991, DJ de 14/11/1991 – anistia e direito a reparação econômica, art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988). Por persistir a ausência de regulamentação do direito referido no art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988, isto apesar das comunicações anteriores, "*o Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, fixar o valor da indenização*" (MI nº 543, rel. Min. Nélson Jobim, j. em 26/10/2000, DJ de 24/05/2002). Em momento posterior, novo avanço foi identificado, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela aplicação de norma infraconstitucional já existente a situações que careciam de legislação específica. O Tribunal, analisando a renitência do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, direito fundamental dependente de integração pela legislação infraconstitucional, declarou a omissão legislativa e determinou fosse aplicado, no que coubesse, a Lei nº 7.783/1989, regente do setor privado (Pleno, MI nº 670, 708 e 712, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25/10/2007, DJ de 31/10/2008). O mesmo ocorreu em relação à aposentadoria especial dos servidores públicos, tendo decidido pela possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social enquanto o art. 40, § 4º, da Constituição de 1988 não fosse regulamentado pelo Congresso Nacional (Pleno, MI nº 788/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 15/04/2009, DJ de 07/05/2009; MI nº 795/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15/04/2009, DJ de 21/05/2009; e MI nº 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio j. em 1º/07/2008, DJ de 25/09/2008).

lidade, observava Rui Barbosa¹³ que “[e’] a região em que esse poder é discrecionário. Limitando a cada poder as suas funções discrecionárias, a lei, dentro nas divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios, além do da idoneidade, que lhe supõe, e do da opinião pública, a que está sujeito. Em falecendo elles, não há, nem póde haver, praticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados. Dentro, no seu circulo de acção legal, onde não tem ingresso nem o corpo legislativo nem a justiça, o Governo póde administrar desastrosamente, e causar ao patrimonio publico damnos irreparáveis. Em casos taes, que autoridade o poderá conter, neste regimen? Por sua parte, o Congresso Nacional, sem ultrapassar a orbita da sua autoridade privativa e discrecionaria, póde legislar desacertos, loucuras e ruinas. Onde a responsabilidade legal, a responsabilidade executavel contra esses excessos? E, se os dois poderes políticos se derem as mãos um ao outro, não intervindo, moral ou materialmente, a soberania da opinião pública, naufragará o Estado, e a Nação poderá, talvez, sossobrar. Nem por isso, comtudo, já cogitou alguém de chamar, nessas conjunturas, contra os dois poderes políticos, o poder judicial. E’ que, contra os desacertos deste genero, não se concebe outra responsabilidade, senão a da conta que todos os órgãos da soberania nacional a elle devem”. A constatação de Rui bem realça o porquê de os atos dos Poderes Executivo e Legislativo estarem alicerçados nos referenciais de juridicidade e legitimidade democrática, verdadeiro “conceito chave do Estado Democrático” (*Schlüsselbegriff des demokratischen Staates*¹⁴): sua correção deve ser objeto de constante valoração por parte dos cidadãos, que devem externar, nas urnas, a aquiescência, ou não, aos atos praticados. Daí a imprescindibilidade de uma imprensa livre, apta a municiar os cidadãos e a possibilitar o florescer da opinião pública,¹⁵ que assume vital importância no direcionamento dos votos nas eleições vindouras.¹⁶ A ausência de qualquer desses fatores faz ruir não só o regime democrático como a própria idoneidade do exercício do poder,

13 *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. IV, Do Poder Judiciário, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 21-22.

14 MAURER. *Staatsrecht I...*, p. 181.

15 O reconhecimento de uma relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia foi uma das premissas em que se baseou o Supremo Tribunal Federal ao decidir pela não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição de 1988: **Pleno, ADPF nº 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 30/04/2009, DJ de 05/11/2009.**

16 Cfr. BRADLEY, A. W. e EWING, K. D.. *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson Education, 2003, p. 103.

que permanecerá livre, a um só tempo, de qualquer controle por parte de mecanismos jurídicos e críticos.

Avançando para o terceiro fator a ser considerado, a norma, observa-se que o seu delineamento tanto pode estimular, como retrair o desenvolvimento da cidadania. O grande Carrara,¹⁷ aliás, já advertira que *“as leis humanas têm sido, com demasiada freqüência, iníquas e irracionais, porque produzidas pelas paixões ou pelas alucinações da mente”*. Ao falarmos da norma enquanto fator de compressão da cidadania, devemos ter sempre em mente que ela não é um produto pronto e acabado, oferecido pela autoridade competente (v.g.: Poder Constituinte ou Poder Legislativo) e passível de ser tão somente apreendido pelo intérprete, que exerceria uma função de mero conhecimento. A norma, em verdade, é o resultado do processo de interpretação.¹⁸ Cabe ao intérprete, no exercício de uma atividade de integração criativa, analisar o potencial semântico do texto e, a partir das peculiaridades do contexto, delinear o conteúdo normativo que se lhe deve atribuir. Sob essa perspectiva, qualquer deficiência normativa há de ser compreendida sob a ótica do enunciado linguístico objeto de interpretação, moldura que limita e dá sustentação à atividade do intérprete, e sob o prisma da interpretação propriamente dita, o que inclui uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais a cargo do intérprete.

Uma norma “ruim” tanto pode resultar de um enunciado linguístico ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados, como ser fruto de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete escolha aquele menos benéfico ao cidadão. A realidade brasileira tem demonstrado que normas “ruins”, na maior parte dos casos, decorrem de inconsistências no processo de interpretação, como a não consideração dos fatores ambientais pertinentes, dos valores a que se deve atribuir preeminência¹⁹ ou dos fins a serem alcançados pela norma. Se a funcionalidade dos clássicos direitos de liberdade há muito foi apreendida pelos Tribunais, principais intérpretes do direito posto, o mesmo não pode ser dito em relação aos direitos prestacionais contemplados no texto constitucional (v.g.: saúde, educação etc.)

17 **Programa do Curso de Direito Criminal**, Parte Geral, vol. I, trad. de FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. e PRESTES BARRA, J. R., São Paulo: Saraiva, 1956, p. 33.

18 Cfr. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht**, Berlin: Duncker & Humbolt, 9ª ed., 2004, p. 258 e ss..

19 Como ressaltado por Franco Modugno, não há juízo normativo à margem de juízo valorativo (**La Regionevolezza nella Giustizia Costituzionale**, Napoli: Editoriale Scientifica, 3ª reimp., 2009, p. 10).

e à possibilidade de alguns deles, face à relevância assumida na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, serem imediatamente exigidos do Poder Público, máxime por meio de um processo coletivo.

EPÍLOGO

A construção de uma cidadania real, não puramente semântica, exige, acima de tudo, uma mudança de consciência. Por parte do indivíduo, consciência de que é fim, não meio à disposição das estruturas estatais de poder; de que é titular da *res* pública, não beneficiário temporário da generosidade alheia; e de que é senhor e formador do Poder Público, o que exige que a eleição seja vista como uma parte relevante de sua vida, não como um incômodo *munus* cívico que vez ou outra lhe subtrai um domingo de descanso. Por parte do Poder Público ou, de modo mais específico, por parte dos detentores de mandato eletivo, consciência de que sua atividade finalística sempre deve estar comprometida com a satisfação do interesse público; de que são mandatários, não titulares do poder que temporariamente exercem em nome do povo; e de que devem apresentar decência e correção de agir compatíveis com a importância do *munus* que desempenham. Por parte do intérprete, consciência de que a norma, conquanto delineada em harmonia com o texto, não pode descurar do contexto e da base de valores que lhe dá sustentação. ♦